

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Sumário:

1. A família. 2. A prestação jurisdicional em matéria de família. 3. Concubinato e Sociedade de fato. 4. A nova disciplina constitucional. 5. A união estável. 6. O direito comparado. 7. O direito concreto. 8. Conclusão.

1. A Família

O ser humano, do nascimento à morte, percorre um longo caminho de relações sociais. Daí a afirmação, sem discrepâncias, que o ser humano é o centro da ordem social. Como é sabido, ele não pode viver isolado, pois na solidão ele "não pode proporcionar-se o que é necessário e útil à vida, nem adquirir o perfeito desenvolvimento do espírito e do coração" (in Encíclica Immortale Dei, 1985, Leão XIII). É por essa fundamental razão que o desenvolvimento em plenitude da natureza humana só se realiza na convivência social. A sociedade é, portanto, o instrumento para que o ser humano desenvolva a sua natureza livre e racional.

Ensina **Heinrich Rommen** que

o homem, por sua mesma natureza, é ser social que requer várias formas de vida em comum com seus iguais, para acesso e realização dessa forma perfeita de vida, meta visada e objeto final de sua existência, a que é dirigido por sua natureza.

O antigo catedrático de filosofia política na Universidade de Georgetown, em Washington, ensina que há

pelo menos duas comunidades necessárias no processo do desenvolvimento da natureza social do homem. A primeira e a mais natural é a família. Origina-se no matrimônio, a comunidade do homem e da mulher,

sendo, pois, "comunidade genuína e necessária, com seus fins específicos, intransferíveis, a procriação e a educação dos filhos e a atividade econômica". (O Estado no Pensamento Católico, Ed. Paulinas, S. Paulo, ps. 239/240).

A formação da família, como é fácil verificar, origina-se na própria natureza do homem e, pois, na união do par andrógino. Mestre Santiago Dantas anota que é "a união sexual entre o homem e a mulher que leva à constituição da família", sendo assim,

o fundamento da constituição do grupo familiar, grupo esse que, logo a seguir, se integra com novos elementos procriados por essa união, de modo que o grupo social primitivo e os filhos que dele resultam constituem a família na sua estrutura mais simples, naquilo que ela tem de mais fundamental (Direitos de Família e das Sucessões, Forense, Rio, 2ª ed., 1991, P. 4).

A evolução histórica da família revela que foram várias as funções que desempenhou, assim a religiosa, a econômica, a política, assim as chamadas funções biológicas e psicológicas, na linha da preservação da espécie e da cultura da sociedade. O que sempre se manteve como cerne inalterável foi o vínculo de coesão, o que se poderia traduzir como vocação de permanência, que prende os seus membros e vai acarretando, ao longo do tempo, uma determinada proteção jurídica. Essa proteção tem por base aquele vínculo natural que une o par andrógino e se expressa pelo matrimônio e pelo parentesco. É recorrendo, ainda, a Santiago Dantas, que se pode identificar, do ponto de vista social, duas espécies de parentesco: aquele fundado no matrimônio e aqueloutro fundado na união sexual pura e simples.

Quando o parentesco decorre da união sexual de um par, unido pelo matrimônio - ensina Santiago Dantas - tem-se o

parentesco do primeiro tipo; quando decorre da união sexual de um par, não unido pelo matrimônio, vê-se o segundo parentesco, que se chama meramente natural. A família pode-se fundar num ou noutro parentesco. (cit., p. 11).

De fato, segundo a tese dominante, ainda que várias outras interpretações tenham surgido, em Roma, o matrimônio

era uma situação de fato que se iniciava, sem quaisquer formalidades, com o simples acordo de vontade do homem e da mulher, e que perdurava apenas enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecerem casados, dissolvendo-se, de imediato, no momento em que um deles (ou ambos) deixasse de tê-la.

Os elementos constitutivos do casamento romano eram a **affectio maritalis**, isto é, a vontade de permanecerem casados, e a convivência, a vida em comum (cfr. J.C. Moreira Alves, Direito Romano, Ed. Borsoi, Rio, vol. II, 1966, ps. 348/349). Lembra **L.A. Warnkoenig** que para os antigos "contraem-se núpcias sem solenidade alguma, por nu consentimento, quando é manifesta a afeição dos contraentes. (...) Nem a autorização do magistrado nem a bênção sacerdotal são necessárias". (Instituições de Direito Romano Privado, B.L. Garnier, Liv. Editor, 2ª ed., 1882, p. 75). Para os romanos, o casamento, verdadeiramente, era um estado de fato que produzia conseqüências jurídicas.

A família moderna recebeu a forte influência do cristianismo, que a elevou a sacramento, assegurando assim aos seus membros a participação na graça, força superior à vontade do homem, porque santificante. Como está no Evangelho de São Matheus "quem criou o homem desde o princípio, fê-los macho e fêmea e disse: por isso o homem deixará pai e mãe, e ajuntar-se-á com sua mulher, e serão dois em uma só carne? Assim que já não são dois, mas uma só carne. Não separe logo o homem o que Deus juntou. (19, 4 e 6). É no amor entre os cônjuges que o direito canônico vê a essência do matrimônio. Vem daí o elemento objetivo, a conjunção carnal, com regras severas sobre o

debitum conjugale. E, também, uma disciplina própria que estabelece ritos que devem ser rigorosamente obedecidos, mas que começou com a dispensa da intervenção do sacerdote, suficiente a manifestação dos nubentes por simples palavras.

A reforma religiosa, com **Lutero**, afastou a natureza religiosa do matrimônio, entendido, então, como um contrato natural, empurrando-o para a órbita civil.

Como anota **Santiago Dantas**, em

certa época, o casamento civil começa a se separar do canônico, mas leva aprendida deste, toda a estrutura, conservando em especial, a teoria dos impedimentos, processo preliminar, a concepção do casamento como negócio jurídico. (cit., p. 61).

A idéia do casamento civil foi sendo consolidada no tratamento positivo. Já nas Ordenações Filipinas, século XVII, estavam referências ao casamento **in facie Ecclesiae** e a forma denominada "marido conhecido", produzindo efeitos de matrimônio, com o só consentimento perante testemunhas, ainda que não **in facie Ecclesiae**. No Brasil, o casamento civil foi introduzido pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, dando consequência, no campo do Direito de Família, à separação da Igreja do Estado, sendo que ainda em 1890, com o Decreto nº 521, de 26 de junho, proibiu-se a celebração do casamento religioso antes do civil.

A importância fundamental dessa secularização do casamento é a presença do Estado nas relações de família. O direito positivo passa a cuidar da família para ampará-la em todas as circunstâncias, ate mesmo para reconhecer, em certa medida, os direitos, ainda que não originada do casamento. É nesse momento que se pode falar da distinção entre família legítima e ilegítima.

Orlando Gomes mostra que quando a união entre um homem e uma mulher

apresenta os caracteres de duração e estabilidade, vem-se admitido que essa união, com a aparência de casamento, resulta a família natural. Resistem muitos juristas, prossegue o mestre, à idéia de que a união extramatrimonial possa originar a família propriamente dita, posto que ilegítima. Pouco importa, entretanto, que, na terminologia jurídica, o vocábulo família se reserve ao grupo constituído pelo matrimônio. Não deixam de ser de família as relações entre concubinos e entre eles e sua prole, regidas, atualmente, por disposições que se assemelham às da família legítima. (Direito de Família, Forense, Rio, 1968, p. 32).

A realidade da vida social impõe que se cuide da família, mesmo que se não tenha originado do ato civil do matrimônio. É do interesse da sociedade que as relações de família sejam corretamente identificadas para que recebam um tratamento capaz de impedir a própria desagregação da unidade familiar, possível de ocorrer se a estreita compreensão da família, como sendo apenas a família legítima, perdurar por muito tempo. E da natureza mesma do processo social, como a evolução histórica da família deita clareza, que o direito positivo alcance a realidade, regulando as relações que nascem da união entre um homem e uma mulher, e que não se encontram sob qualquer proteção jurídica.

Eduardo Espínola anota a existência de uma família ilegítima "a qual a lei, entretanto, por considerações de responsabilidade pessoal e de ordem moral e social consagra regras de proteção e amparo, principalmente quanto à mulher e aos filhos". Lembra o antigo Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal que, em 1805,

o antigo juiz do Tribunal de Chateau Thierry, o celebre presidente Magnaud, le bon juge, como se tornou conhecido, formulou um projeto de lei, associando o amor ao casamento e determinando que a união livre fosse reconhecida dignamente e registrada pelo oficial do estado civil, de sorte que viesse a constituir uma fonte de direitos de família, principalmente em relação aos filhos. (A Família no Direito Civil Brasileiro, Conquista, Rio de Janeiro, 1957, ps. 52/53).

O fato é que, modernamente, não se pode desconhecer que a sociedade já reconhece, sem qualquer discriminação, a constituição da família não nascida do ato civil do casamento.

2. A Prestação Jurisdicional em Matéria de Família

É próprio considerar a natureza especial da prestação jurisdicional em matéria de família. Ao aplicar a lei o magistrado tem presente não um instituto jurídico, mas uma comunidade humana. Realmente, a dimensão jurídica do casamento não substitui a sua estrutura humana e, pois, as obrigações dele decorrentes são passíveis de cobrança no cenário do seu existir humano.

Estar casado não significa, modernamente, comprimir as aspirações de cada cônjuge, máxima da mulher, ainda hoje compelida ao regime da dupla jornada, a do lar e a do trabalho profissional, sofrida, por isso, nas uniões de trânsito entre o seu ontem e o amanhecer da sua conquista pela liberdade.

O casamento, na verdade, não sobreviverá, como instituição social, no formato que herdamos, se não for compreendido como a solidariedade plural, por meio da qual cada cônjuge, fiel ao amor, preserva, para cultivá-lo com sabedoria, o espaço da individualidade, de modo a manter a união o tempo todo, o todo do tempo.

E assim é, porque o casamento, unindo duas pessoas para a comunhão no trajeto de suas vidas, nasce com a identidade que, com inusitada frequência, é despertada pelo que eu chamo "lei das afinidades", capaz de substituir o tempo pela intensidade. A mágica da comunhão duradoura e a manutenção da intensidade. Se tal não existe fracassa a convivência. É por essa razão principal que o amor começa fulminante, mas acaba devagarzinho, minado sorrateiramente pela falta de uma história comum, construída a quatro mãos, saída das estórias de todos os dias. Como escreveu Santiago Dantas, "se é verdade que a paixão

amorosa é um fogo, também é verdade que a dissolução amorosa é um gelo" (cit., p. 15). De fato, no fenecer do casamento, há, em maioria assustadora, quando é invocada a prestação jurisdicional, um fracasso comum, repartidas as razões do malogro. Evidente é que a ressalva da culpa de um ou de outro, confirma a generalidade da culpa recíproca, transparecendo nos autos, com vigor, um avanço de incompreensões que, acumuladas, deságuam na insuportabilidade da vida em comum.

Em matéria de direito de família a interpretação construtiva está sempre presente. E a construção se faz para que a jurisdição seja prestada considerando as circunstâncias de fato, trazendo a letra da lei e os institutos jurídicos para a realidade humana da família.

É com essa perspectiva que devem ser enfrentadas as questões de direito de família postas diante do Poder Judiciário. Por exemplo, a recusa do **debitum conjugale** como violação grave, oriunda, como já vimos, da severidade com que o direito canônico prescrevia aos cônjuges o **debitum conjugale**. Já se não pode mais pensar no matrimônio com o restrito conceito do **ius in corpus**, de cada cônjuge sobre o outro. O dever de entregar-se ao ato de amor não é mecânico, não nasce de uma relação de poder. Ao contrário, a entrega recíproca do corpo é um estuário de amor, que une os parceiros. E a recusa, assim, não pode configurar grave violação quando manifestada em um cenário de rutura, uma consequência de desacertos, de conflitos freqüentes. De outra parte, tome-se como exemplo a angustia da regulamentação de visitas. O magistrado, decidindo no patamar do direito comum dos cônjuges de participar na educação da prole, é muitas vezes atropelado pelos recalques cultivados no cadinho do espírito. Decide-se para fazer justiça. Todavia, a justiça só será eficaz se souberem os pais respeitar os filhos, propiciando, com responsabilidade solidária, com equilíbrio emocional, o cumprimento da decisão judicial. Regulando com bom senso os critérios de visitação, o juiz deixa para ambos a porta aberta aos sinais de carinho

com os filhos. Se souberem doar-se, conscientes dos filhos mais do que de si próprios, poderão, ainda que separados pela vida que não puderam construir juntos, unir-se como uma só pessoa para ajudar a construção da vida do filho, que deles ainda tanto depende. Nesses casos, aos pais, com os olhos postos no filho, está entregue a responsabilidade de erguer uma passagem melhor, menos contundente, para que o herdeiro que trouxeram ao mundo não tenha no futuro o seu inconsciente arrombando os limites da própria felicidade.

3. Concubinato e Sociedade de Fato

Com o passar dos anos, o Poder Judiciário foi procurado para dirimir os conflitos decorrentes da união entre homem e mulher, sem o ato civil do casamento. E, a partir da multiplicação das questões judiciais, tornou-se imperativo construir sobre a disciplina jurídica em vigor, tudo para espantar a proliferação de injustiças de toda sorte.

No direito romano, o concubinato estava caracterizado quando entre homem e mulher havia uma união extraconjugal estável. Como ensina **José Carlos Moreira Alves**, foi no direito pós-clássico, sob os imperadores cristãos, que o concubinato é transformado em instituto jurídico, inferiorizando a condição da concubina e de seus filhos e estimulando os concubinos a contraírem matrimônio legítimo. Com Justiniano, exigiam-se certos requisitos para que o concubinato fosse caracterizado:

(a) que os concubinos tenham atingido idade conjugal; (b) que, com relação a eles, não existam os impedimentos matrimoniais relativos ao parentesco e à afinidade; (c) que o concubinato seja rigorosamente monogâmico (daí, quem tem esposa não pode ter concubina nem o concubino pode ter mais do que uma só concubina).

Adverte, ainda, **Moreira Alves**

que, na sociedade romana, o concubinato não era considerado - até o advento do cristianismo - imoral, tanto

assim que pessoas ilustres (como, por exemplo, **Vespasiano**) viviam em concubinato, (cit., ps. 385 e 387).

Orlando Gomes entende que "entre as pessoas unidas pelo concubinato se estabelecem, indisfarçavelmente, relações pessoais e patrimoniais muito semelhantes as que decorrem do casamento". (cit., p. 34).

Paulo Dourado de Gusmão conceitua o concubinato como

a união livre e estável de um homem com uma mulher, não resultante do casamento, que não altera o estado civil dos concubinários, na qual são mantidas relações sexuais e da qual é constituída uma família (família natural ou ilegítima), em que os concubinários convivem notoriamente sob o mesmo teto (**more uxorio**), como se marido e mulher fossem, com fidelidade recíproca (Dicionário de Direito de Família, Forense, Rio, 25 ed., 1987, p. 335).

Os elementos apresentados no conceito de **Paulo Dourado de Gusmão** convergem para o fato essencial da constituição da família. E, verdadeiramente, não poderia ser de outro modo, assim porque a realidade social impõe tal conceito no plano jurídico, na medida em que seria de todo impossível, sob pena de grave desequilíbrio na proteção jurisdicional, desconhecer a existência da família assim constituída. Diante da forte pressão social, formada a partir das questões patrimoniais, tornou-se imperativa a utilização pelos juizes de recursos técnicos para assegurar certos efeitos jurídicos à relação concubinária.

Como afirmei em julgado da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na condição de relator, a interpretação construtiva dos tribunais em matéria de concubinato tem-se assentado no principio de que a partilha dos aqüestos não se faz porque a concubina é herdeira ou meeira do amásio,

mas tão só porque há comunhão de trabalho, mesmo porque a simples qualidade de companheira e a convivência **more uxorio** não bastam para assegurar a concubina a condição

de sócia ou meeira nos bens adquiridos pelo esforço comum. (cfr. **Paulo Dourado de Gusmão**, cit., p. 881).

Foi por esse caminho que nasceu a chamada doutrina da sociedade de fato, assim denominada por **Paulo Dourado de Gusmão**,

por não resultar de contrato ou de qualquer ato jurídico que a constitua, porquanto resulta do esforço comum do qual se formou um patrimônio, considerado como comum, do qual cada concubinário tem direito a uma cota proporcional a sua cooperação na formação do mesmo. (cit., p. 870).

A Súmula 380 do Colendo Supremo Tribunal Federal, agasalhou o entendimento de que a comprovação da sociedade de fato entre os concubinos autoriza a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Assim, o concubinato em si mesmo, não gera, ao ver da nossa Corte Maior, qualquer direito patrimonial. É condição essencial que se comprove a contribuição para a compra do patrimônio durante a convivência. E a **Súmula 382** entendeu que a vida em comum sob o mesmo teto, **more uxorio**, não é indispensável à caracterização do concubinato.

É certo que a identificação de sociedade de fato na relação concubinária, com o que a concubina recebe parte do patrimônio que ajudou, com o seu esforço, a formar, faz com que, como adverte **Orlando Gomes**, seja alcançado o regime da comunhão de bens, como se casada fôra. (cit. p. 35).

Por outro lado, a construção dos julgados para reparar a injustiça decorrente do desconhecimento legal da relação concubinária, conduziu, também, ao direito da concubina, que durante longo tempo prestou serviços domésticos ao concubino, de receber indenização por aqueles serviços. É claro que a idéia da indenização por serviços domésticos vai, a pouco e pouco, perdendo substancia face a crescente participação da mulher, sob as mais diversas formas, na vida social. Moderna-mente, repugna a consciência crítica da mulher o fato de ser

indenizada por serviços domésticos, como se fôra o tempo de amor um interregno de prestação de serviços.

Para **Edgar de Moura Bittencourt**, com a jurisprudência o que se procurou consolidar foi a idéia da inadmissibilidade do enriquecimento ilícito,

pois o homem, que se aproveita do trabalho e da dedicação da mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber a herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento (apud Silvio Rodrigues, Direito Civil, Saraiva, S. Paulo, vol. 6, 10^a ed., 1983, p. 270).

A jurisprudência teve de encontrar algumas alternativas diante da dificuldade concreta de definir e quantificar o esforço comum. Para alcançar um raio maior foi necessário construir sobre as circunstâncias de fato, de tal modo que os sinais de cooperação fossem reconhecidos, e não apenas a contribuição pecuniária fosse admitida como evidência do esforço comum. Nos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 8691, relatou o **Desembargador Paulo Dourado de Gusmão**, o 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu que "na classe operária, urbana e rural, há presunção de esforço comum, que inorre na classe média e na alta, em que depende de prova a contribuição dos concubinários". (cit., p. 872).

É certo, pois, que a interpretação construtiva, que buscou escólios no artigo 1363 do Código Civil, tende necessariamente a encontrar amparo no fato natural da vida em comum, deslocando-se do cenário meramente econômico. Anota **Álvaro Villaça Azevedo** que

mesmo a admitir-se, com a citada Súmula 380, que é indispensável o esforço comum dos concubinos nessa formação do seu patrimônio, há que entender-se esse esforço em sentido amplo, pois nem sempre ele resulta da natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de muito maior valia. (Do

Concubinato ao Casamento de Fato, Ed. CEJUP, Belém, 2^a ed., 1987, p. 88).

Para **Villaça Azevedo**,

a família de fato, que nasce, espontaneamente, na sociedade precisa cercar-se de garantias jurídicas, para que não só o respeito humano entre seus membros, mas a responsabilidade possam nortear suas vidas.

Lembra **Silvio Rodrigues** que a primeira edição do Anteprojeto do Código Civil, publicado em 1972, inseriu um título denominado

Das relações patrimoniais entre concubinos", cujo primeiro dispositivo, o art. 1989, consolidava a jurisprudência vitoriosa e a aperfeiçoava, facilitando a questão da prova, com a seguinte redação: "Após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido e mulher, presumem-se de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles.

Todavia, as edições posteriores aboliram o título, cedendo a pressões reacionárias. (cit., ps. 276/277).

Igualmente, a jurisprudência brasileira foi acolhendo a pretensão da concubina de usar o patronímico do seu companheiro. **Silvio Rodrigues** reproduz acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 232.024, de 16 de abril de 1974, que deferiu a pretensão, destacando que

a família não se restringe a uma relação contratual, oriunda de matrimônio válido, é também uma relação consangüínea e, nesse sentido de profunda significação, não se pode negar que os apelantes constituíram uma família composta do casal e de três filhos - família aceita pela sociedade como tal, sem ferir nenhum dispositivo legal ou sentimento de moralidade da sociedade.

A jurisprudência consolidada no sentido de admitir a utilização pela concubina do patronímico do companheiro foi acolhida pelo direito

positivo, e insculpida no § 2º, do artigo 57 da Lei de Registros Públicos, de 31 de dezembro de 1973.

Concretamente, toda a construção interpretativa dos tribunais foi sendo elaborada com os olhos postos na necessidade de proteger a sociedade como um todo, que reconhece, sem qualquer discriminação, o estado de casado na relação concubinária.

O que se deve buscar é a proteção jurídica da vida em comum. Não se pretende robustecer a união ilegítima, mas, sim, criar condições jurídicas para proteger a família, ainda que não formada pelo ato civil do casamento. Para **Orlando Gomes**, a experiência demonstra

que a multiplicação dos concubinatos se deve em grande parte a recusa de se lhe atribuírem efeitos jurídicos. A liberdade de constituí-los e dissolvê-los seduz a quantos não querem assumir as graves responsabilidades do casamento, inclinados, que são, a essas ligações ilegítimas, para se furtarem aos deveres impostos pela lei as pessoas casadas. (cit., p. 34).

4. A Nova Disciplina Constitucional

A Constituição Federal de 1988 veio ao encontro dessa interpretação construtiva ao tratar da família, base da sociedade, dispondo no § 3º do artigo 226, inovadoramente: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

A regra jurídica constitucional, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, livrou-a do opróbrio em que se encontrava, a buscar na sabedoria dos julgados algum tipo de reconhecimento jurídico.

Muitos eminentes juristas, certamente amparados em boa doutrina, têm entendido que a regra constitucional não pode ser aplicada imediatamente, isto é, tem eficácia limitada.

O meu convencimento, com o maior respeito aos que pensam em sentido contrário, é diverso. A regra jurídica do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, tem eficácia contida, pois, como ensina **José Afonso da Silva**, estas regras "são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados a matéria de que cogitam." (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, Saraiva, São Paulo, 1968, p. 96). Para o respeitado constitucionalista, as normas de eficácia contida não dependem da interferência do legislador ordinário,

sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do poder público, para manter a ordem, a segurança pública, a segurança nacional, a integridade nacional, etc., na forma permitida pelo direito objetivo), (cit., p. 108).

5. A União Estável

Como é sabido, dá-se a proteção do Estado com o direito positivo que edita. Assim, reconhecendo a união estável como entidade familiar para efeito da proteção do Estado, a Constituição Federal permite, expressamente, que as leis protetoras da família protejam, também, a união estável.

Entendo que, com a nova disciplina constitucional, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro nas regras da sociedade de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar e, como tal, gozando da proteção do Estado, legitimada para os efeitos das regras do direito de família. Assim, não se deve mais falar em concubinato, em sociedade de fato. São termos que têm de ser arquivados, assim porque quis o constituinte que seja a união estável entre o homem e a mulher considerada como entidade familiar. Como

consequência, o tratamento de todas as questões relativas à união estável deve ser nas varas especializadas de família, não mais nas varas cíveis. Com isso, também, estão superadas tanto a necessidade da prova do esforço comum, como a indenização por serviços domésticos. No primeiro caso, é de ser reconhecida a comunhão de bens adquiridos na sua constância e, no segundo caso, deve ser facultado o pensionamento.

Desse modo, entidade familiar tanto é a que se origina do casamento, como a que nasce da união estável, como, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal.

É certo, e isso precisa ficar bem claro, que a Constituição não veio para acobertar os aventureiros do amor, que deitam raízes de papel, aqui, ali, ou acolá, de ambos os sexos, verdadeiros amantes da cada porto. A Constituição, ao contrário, criou condições concretas para defender a família constituída, ainda que com origem alheia, não importa por que razões, ao ato civil do casamento. Para isso, é necessário conceituar a união estável de modo o mais preciso possível, sem descuidar da necessidade de avaliar sempre as circunstâncias de fato no caso concreto.

Tenho considerado que a união estável, entidade familiar formada por um homem e uma mulher, é a vida em comum, **more uxorio**, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis, de vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio.

Seguramente, a jurisprudência poderá construir ao longo do tempo as novas fronteiras jurídicas nessa matéria. A legislação ordinária, que facilitará a conversão da união estável em casamento, recolherá a contribuição dos julgados para oferecer uma disciplina que corresponda aos interesses da sociedade na proteção à família. Poderá, até mesmo, o

que seria, de resto, tecnicamente melhor, diante dos termos da Constituição, ocupar-se apenas da conceituação da união estável. Assim, definida a união estável, a lei estabeleceria a sua equiparação ao casamento civil.

Em sua excelente monografia, **Eduardo Estrada Alonso** aponta, para a caracterização das uniões livres, presentes as condições do direito espanhol, os elementos que a seguir estão sintetizados:

- 1) convivência **more uxorio** - esta convivência será constituída pelo aspecto material de coexistência diária desenvolvida habitualmente pelos laços do casamento.
- 2) ausência de toda formalidade - a constituição da união livre depende exclusivamente da vontade e do mútuo consentimento dos companheiros, que se presume continuamente renovado pelo requisito, também exigido, da coabitação.
- 3) cumprimento voluntário dos deveres matrimoniais. O dever de fidelidade - a convivência **more uxorio** deve estar fundamentada em um dever moral de fidelidade mútua, com a mesma responsabilidade espiritual e interna dos cônjuges no casamento. Mas, não de caráter obrigatório, servindo, apenas, para os efeitos de atribuir consequências jurídicas concretas. Somente os que desenvolvem e mantêm o conteúdo da obrigação de fidelidade, enquanto expressão de um dever mais amplo de solidariedade, podem ser levados em consideração.
- 4) comunidade de vida - se a convivência há de ser como a dos cônjuges, não pode ser exigido, em boa lógica, mais aos companheiros do que aos esposos.
- 5) comunidade de vida estável e duradoura - deve ser fixado um prazo como índice de estabilidade das uniões livres.
- 6) heterossexualidade - a união livre deve ser entre o homem e a mulher.
- 7) relação monogâmica - deve ser excluída a relação extramatrimonial que seja simultânea ao casamento, salvo se este estiver desfeito ou em estado de separação, inexigível em tais casos o dever de fidelidade.

8) relação sexual - esta converte a mera convivência em união livre qualquer que seja o tempo em que aquela tenha sido realizada. Os conviventes que, por qualquer motivo, não possam continuar mantendo o contato sexual iniciado, mas continuem vivendo juntos, não devem ser excluídos.

9) procriação - não pode negar-se que a filiação aperfeiçoa e estabiliza a união livre. Porém, o essencial é a relação dos conviventes, independentemente da existência ou não de filhos.

10) idade - para que os conviventes desenvolvam espontaneamente os deveres de fidelidade e ajuda mútua, e até mesmo para um definitivo desenvolvimento sexual, deve ser fixada uma idade mínima que coincida, quando menos, com a maioridade dos conviventes no momento de iniciar-se a relação.

11) **affectio** - por tal deve entender-se a amizade autêntica, o afeto recíproco entre os companheiros, a origem espontânea da solidariedade e responsabilidade dos conviventes. Vem a ser, de fato, a causa primeira da união extramatrimonial e, assim, o resto dos requisitos analisados não são mais do que suas conseqüências. Representa o fundamento último das uniões livres, sem o qual elas não poderiam sobreviver. (cfr. Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Espanol, Ed. Civitas, Madrid, 1986, Cap. III).

Como já assinalado antes, o conceito de união estável é importante para afastar o reconhecimento das uniões passageiras, dos amaciamentos, das meras aventuras sexuais. Nunca é demais repetir que a sociedade reconhece a união estável porque nela identifica uma entidade familiar, à qual falta apenas o ato civil do casamento. Pode ocorrer, e não é raro, que as uniões estáveis tenham origem no casamento religioso, ao qual não se seguiu o casamento civil. Daí porque o tratamento legal deverá enfrentar algumas circunstâncias concretas, que a própria jurisprudência já hoje vem cuidando.

Álvaro Villaça Azevedo, em obra anterior ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, estabelece algumas distinções, entendendo, por exemplo, que o casamento de fato "é o resultado de um amadurecimento do estado concubinário", e que, portanto, "sob esse

prisma só existe depois do concubinato; ele é o estágio final do concubinato. Este transforma-se naquele", (cit., p. 273). O que se exige para passar da relação concubinária ao casamento de fato é o decurso de certo lapso de tempo.

Há situações jurídicas específicas que devem ser consideradas, assim o estado civil dos companheiros antes da vida em comum.

Se ambos são solteiros, não existe maiores dificuldades para a identificação da união estável, com o reconhecimento dos efeitos jurídicos daí decorrentes. Se são casados, mas o casamento foi legalmente rompido, seja por separação judicial, seja pelo divórcio, a solução pode ser a mesma, isto porque já foi rompido o vínculo jurídico do casamento, ainda que com diversa intensidade, conforme se tratar de separação judicial ou de divórcio.

Todavia, pode ocorrer, e na prática são freqüentes os casos, que o casamento anterior não tenha sido desfeito, seja por separação judicial, seja por divórcio, havendo, apenas, uma separação de fato. Ocorreria neste caso o que **Álvaro Villaça Azevedo**, na sua proposta de regulamentação, conceituou como concubinato impuro, isto é, paralelo ao casamento de direito. O anteprojeto de Código Civil supervisionado por mestre **Miguel Reale**, de 1972, já antes mencionado, no artigo 1990, previu a hipótese, reconhecendo que a separação de fato por mais de cinco anos, sem interrupção, regularizaria a relação concubinária para a obtenção de efeitos jurídicos. **Villaça Azevedo** equiparou essa solução a um "desquite automático", "pois conferia ao separado de fato, por cinco anos, o mesmo direito do desquitado há cinco anos, ou seja, de viver em concubinato puro, partilhando bens em razão dessa associação de fato, em detrimento do regime de bens do concubino casado". (cit., p. 83).

Essa solução parece-me a mais adequada para afastar injustiças. Em um certo sentido, a própria constituição já abriu caminho

para conferir efeito jurídico à separação de fato, ao prescrever no § 6º do artigo 226 que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. **Pontes de Miranda** relata que ao tempo de Alexandre III, ainda a Igreja tolerava a dissolução do casamento dos **separati**, que depois podiam casar-se. "Era a rotura do casamento por **servitus superveniens**. Por outro lado, foi assaz difundida a regra de que a ausência de sete ou de dez anos dissolvia o matrimônio" (Tratado de Direito Privado, Borsoi, Rio, Tomo VIII, 1955, P. 70).

Só com essa solução seria possível enfrentar a realidade brasileira da vida familiar constituída à margem do ato civil do casamento.

6. O Direito Comparado

Lembra **Eduardo Espínola** que "o concubinato romano foi legalmente reconhecido, desde que as duas partes não fossem casadas e não tivessem outros concubinos" e, ainda, que no "Código Dinamarquês de Valdemar II (1280-1683) dispunha-se que uma concubina, mantida por três anos, tornava-se mulher legal". (ob. cit., p. 55).

Modernamente, o tratamento jurídico da união estável comporta, segundo **Eduardo Estrada Alonso**, várias possibilidades: (a) legislação direta e autônoma; (b) aplicação analógica, no todo ou em parte, das normas que regulam a família legítima; (c) combinação da legislação ordinária com outras fontes do direito. (cit., p. 121) .

O professor espanhol e **Álvaro Villaça Azevedo** apresentam, em bem fundadas fontes, um completo cenário do reconhecimento jurídico da união estável no direito comparado, que merece acompanhado.

Estrada Alonso indica que o sistema de conceder um estatuto legal à união livre é próprio da doutrina e dos ordenamentos sulamericanos.

A lei panamenha de 1956 converte a união livre, com dez anos de duração, em matrimônio, depois de um pequeno trâmite por meio do qual inscreve-se o "peculiar matrimônio" no registro civil com todas as consequências jurídicas do matrimônio civil.

A Carta Magna boliviana de 1945, no seu artigo 21, trata como casamento diferente do civil, o chamado casamento de fato, que começa a produzir efeitos depois de dois anos de duração.

Na Guatemala, as uniões de fato foram reconhecidas na Constituição de 1945, estabelecendo o Código Civil de 1963, que com três anos de duração e inscrição no registro civil, começam a produzir efeitos jurídicos.

A antiga Constituição de Cuba de 1940 simplesmente equiparava a união livre ao casamento civil, competentes os tribunais para tal fim. O Código de Família de 1975 também trata do chamado "matrimônio não formalizado", exigindo o seu reconhecimento voluntário ou judicial para produzir os efeitos previstos em lei.

Também em Honduras, a Constituição de 1957 reconhece o casamento de fato entre pessoas que estão legalmente capacitadas a se casarem, delegando à legislação ordinária a regulamentação das condições sob as quais possa tal união surtir efeitos legais.

Na Peru, desde antes de sua conquista, praticou-se uma espécie de "união antecipada", tendo por objetivo o conhecimento recíproco das aptidões e qualidades dos pretendentes. Para **Hector Cornejo Chaves**, citado por **Eduardo Espínola**,

esse costume tomou raízes de tal modo que - já na época colonial - os mesmos parentes da mulher opunham-se tenazmente ao matrimônio desta se previamente não havia feito **pantanacu** com o pretendente, e que o marido olhava com desprezo a mulher a quem "nadie avía conocido ni querido antes que se casase", o que explica a dificuldade com que tropeçaram os espanhóis em seu intento, não tendo logrado de todo extirpá-la. (cit., p.56).

Na legislação dos tempos modernos, tem-se um sistema que reconhece alguns direitos, como os de indenização e alimentos. Todavia, a Constituição de 1979 estabeleceu no artigo 90 que

a união estável de um varão e de uma mulher, livres de impedimento matrimonial, que constituem um lar de fato, pelo tempo e nas condições assinaladas na lei, dá lugar a uma sociedade de bens, que se sujeita ao regime da comunhão patrimonial no que for aplicável.

A federação mexicana é rica de exemplos. O Código Civil mexicano de 1928, para o Distrito e Territórios Federais, inclui a concubina na ordem da vocação hereditária. Pelo artigo 1635, a mulher que viveu com o autor da herança, como se fosse seu marido, durante cinco anos, ou que com ele teve filhos, desde que livres do matrimônio, durante o concubinato, tem direito a herdar nos termos e condições que especifica. Contudo, se, ao morrer, o concubino tinha várias concubinas nenhuma delas terá direito sucessório. Segundo **Álvaro Villaça Azevedo**, preserva-se, desse modo, também a moralidade da união concubinária, tendo os concubinos o dever de viverem lealmente um com o outro, tal como ocorre no casamento, quanto ao dever de fidelidade. Há, ainda, uma presunção de paternidade quanto aos filhos havidos na convivência concubinária, semelhante à que se estabelece para o casamento.

já o Código Civil do Estado de Morelos reconhece direito alimentar a concubina, desde que sua união tenha durado por cinco anos e sendo os concubinos solteiros. E no Código Familiar para o Estado de Hidalgo está o conceito de união livre:

a união de um homem e uma mulher livres de matrimônio, que durante mais de cinco anos, de maneira pacífica, pública, contínua e permanente, sem ter impedimento para contrair matrimônio, fazem vida em comum como se estivessem casados, e com obrigação de prestar-se alimentos mutuamente. (art. 146).

E o artigo 148, após mencionar que a concubina só tem direito a usar o apelido do concubino quando seus filhos portarem o nome de ambos os conviventes, assinala os casos em que estes tem direito recíproco de herança na sucessão legítima. E o artigo 149 cuida da dissolução do concubinato, autorizando que os concubinos reclamem, mutuamente, alimentos perante o juiz de família, que os fixara no tempo e de acordo com o patrimônio e as condições de trabalho de ambos.

Mostra **Eduardo Estrada Alonso** que fora do contexto sul-americano, a união livre tem merecido tratamento legal. Tal é o caso do chamado **common law marriage** que é praticado em alguns estados da América do Norte e na Escócia. Neste, leis antigas de 1214 já falavam de concubinato como instituição. Na Austrália do Sul, a lei de 1975 sobre as relações familiares cria a categoria de "esposos putativos", na qual se incluem as pessoas que tenham coabitado sem interrupção fora do matrimônio durante pelo menos cinco anos, situando-os no mesmo plano dos casados.

Outro grupo trata da matéria pela aplicação analógica das normas da família legítima, sendo próprio dos países da **common law** a assimilação entre matrimônio **de facto** e matrimônio **de jure**.

Na Itália, adota-se o regime da aplicação analógica, que vai da equiparação parcial à total. Esta última, parte do conceito de sociedade natural, atribuído pelo artigo 29 da Constituição a família para considerá-la como uma instituição que nasce independentemente do ordenamento. A família não nasce como consequência do ordenamento jurídico, mas, sim, à margem de todo ato constitutivo, em termos de relação, que é o

elemento estrutural comum. A primeira, equiparação parcial, parte do fato de não ser possível aplicar-se o mesmo regime a situações jurídicas diferentes. A união livre pertence ao mundo dos fatos e a família legítima ao mundo do direito.

Merecem referenciados, ainda, dois sistemas: o da regulamentação pelos conviventes mediante acordo e o da regulamentação jurisprudencial, este de larga aceitação.

Há notícias de que na Catalunha dos séculos X e XI já havia contratos de mancebia, e também no século XIII a Carta de Ávila indica a existência de uma "*carta de mancebia o compañeria*". Atualmente os tribunais consideram os convênios entre concubinos como ilícito e imoral.

O sistema da regulamentação jurisprudencial é o mais praticado. A Suprema Corte da Itália, em decisão de 1977, reconheceu a **famiglia de fatto** como comunidade na qual se realiza

uma função de gratificação afetiva e de solidariedade social, que se corresponde com a função da família legítima, e na qual se dá vida a um processo de desenvolvimento da pessoa, derivando-se daí, conseqüentemente, determinados efeitos jurídicos.

Para **Estrada Alonso**, apesar das críticas que apresenta contra esse sistema, ele é o único possível, devendo o juiz superar as suas convicções morais pessoais em tudo o que não coincidam com o parecer geral da comunidade sob sua jurisdição, levando sempre em conta os princípios de equidade e de responsabilidade, as situações injustas que uma união livre pode produzir para a parte mais fraca.

7. Direito Concreto

Os Tribunais dos Estados têm enfrentado essa questão, na medida em que são numerosos os casos que se põem ante o Judiciário em busca do reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável.

Até a presente data não há qualquer julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, para interpretar, com sua autoridade maior de Corte Constitucional, o alcance do § 3º, do artigo 226 da Constituição da Republica.

O Superior Tribunal de Justiça tratou da matéria no Recurso Especial nº 1508 - Rio de Janeiro, relator o **Ministro Cláudio Santos**. O recurso de apelação foi julgado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que acolheu a meação dos bens adquiridos na constância da união estável (Apelação Cível nº 3600/88). O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso, sustentando o parecer do **Dr. Ronaldo Bomfin Santos** que, "se diante do casamento a presunção é que os cônjuges desempenham um esforço comum na aquisição do patrimônio, a mesma presunção do esforço comum é reconhecida para a união estável". Assim, para o Ministério Público Federal, "da mesma forma que não se precisa comprovar o esforço comum no casamento, também não mais se precisa comprovar no caso de união estável, pois este elemento integra as duas instituições".

A Terceira Turma decidiu não conhecer do recurso, ressaltando a competência da Suprema Corte para examinar a alegação de ofensa à Constituição. O voto condutor entendeu que o acórdão recorrido proporcionou "a união estável os efeitos do casamento, tocante à comunhão de aqüestos, sem cogitar da existência da sociedade de fato ou do esforço comum". A ementa acolheu a redação que se segue, **verbis**: "não há entrechoque com a Súmula nº 380, do STF se o acórdão recorrido não tem como premissa a existência de sociedade de fato, mas a aplicação do princípio contido no art. 226, § 3º da Constituição".

Antes mesmo de qualquer prescrição de direito positivo, a jurisprudência e a doutrina estarão na vanguarda da melhor contribuição para o reconhecimento dos efeitos jurídicos decorrentes da união estável.

Será, sem sombra de dúvida, uma longa caminhada, a ser percorrida com prudência, mas com firmeza. Afinal, foi a própria Constituição da República que elevou a união estável à condição de entidade familiar.

8. Conclusão

É bom que se repita, como conclusão, que o reconhecimento da união estável como entidade familiar, não é um sinal de desagregação da família, como muitos insistem em afirmar, com o só objetivo de afastá-lo. De igual modo, ninguém deseja impor aos que escolheram constituir família natural, ou seja, sem o ato civil do casamento, um regime jurídico forçado. Essa leitura não tem qualquer apoio na realidade.

A disciplina constitucional de 1988 para a família, como visto, ensejou uma mudança de mérito para a prestação jurisdicional. Nas Constituições de 1934 e de 1946, artigos 144 e 163, respectivamente, a proteção especial do Estado alcançava apenas a família constituída pelo casamento indissolúvel. Na Constituição de 1967 e na Emenda nº 1, de 1969, a família constituída pelo casamento, excluía a indissolubilidade do vínculo, é que tinha direito à proteção dos poderes públicos. Os constituintes de 1988, seguramente sensíveis à realidade social, determinaram, no artigo 226, que a família, base da sociedade, merecia a especial proteção do Estado. Ampliaram, pois, o conceito para incluir não apenas a família constituída pelo casamento, mas, também, a família constituída sem a prática do ato civil. Daí ter expressamente reconhecido, para efeito da proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Não se pode desconhecer essa inovadora alteração. O que a Constituição de 1988 disciplinou foi a proteção da família, base da sociedade, constituída pelo casamento ou pela união estável. As limitações constantes das anteriores constituições não mais existem. Portanto, o Poder Judiciário que interpretou construtivamente, sob a disciplina de um

restrito conceito de família, para melhor prestar a jurisdição, espancando injustiças, não pode agora, quando o texto constitucional ampliou o raio da proteção, ignorar a necessidade de alterar a natureza jurídica do tratamento, tirando-o do campo das sociedades de fato para aplicar as regras do direito de família.

A união estável protegida pela Constituição de 1988 vai criar condições concretas para a valorização da família, como base da sociedade. Vai espantar, pelo estímulo que a vida fora da proteção jurídica multiplica, todos aqueles que substituem na relação entre um homem e uma mulher o amor verdadeiro, a comunhão de valores espirituais, pela simples aventura. A impunidade desses tempos findou, e aos nossos tribunais caberá, precedendo o direito positivo, desbravar os caminhos.

Rio, outubro de 1991